

# APUNTES METODOLÓGICOS PARA LA COMPRENSIÓN Y EL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO

Juan Carlos Jiménez Triana\*

## Planteamiento

Dentro de las diversas formas de aproximación a las prácticas jurídicas del derecho privado dos son las que se pretenden abordar en este capítulo, con el ánimo de revisar su alcance y la forma en que estas colaboran para dilucidar aspectos que son objeto de constantes preguntas por parte de los juristas. Las visiones a las que se hace alusión son el instrumentalismo jurídico y el formalismo jurídico.

Aunque el debate se ha dado en el marco del derecho privado, no deja de ser cierto que pueden encontrarse semejanzas en la forma en que se estudian otras regulaciones del derecho. Frente a esto, dos son las propuestas del presente escrito. En primer lugar, establecer que tanto el instrumentalismo como el formalismo son propuestas metodológicamente poderosas para estudiar el derecho privado si se conoce cuál es su alcance y, en segundo lugar, defender la tesis del profesor

---

\* Abogado titulado con honores, Universidad Católica de Colombia; magíster en Derecho de Daños con especialidad en Fundamentos para el Análisis del Derecho Privado, Universidad de Girona; especialista en Derecho de los Negocios y Derecho Procesal Civil, Universidad Externado de Colombia. Investigador del grupo de investigación Phronesis, Universidad Católica de Colombia. Abogado litigante y docente en pregrado y posgrado, Universidad Católica de Colombia, Bogotá (Colombia). [jjjimenez triana@ucatolica.edu.co](mailto:jjjimenez triana@ucatolica.edu.co)

Papayannis en el sentido en que estas propuestas no son rivales ni excluyentes, sino que responden a preguntas de investigación totalmente diferentes.

### **Forma y sustancia en la aproximación a las prácticas jurídicas**

Aproximarse a las prácticas jurídicas puede realizarse de formas tan variadas que no resulta del todo posible intentar un decálogo acerca de este asunto. No obstante, es cierto que podrían delinearse las formas en las que los juristas emprenden el estudio del derecho privado.

Así las cosas, puede encontrarse que existen una serie de niveles que delimitan la perspectiva con la que se pretende abordar la investigación. Denominaremos niveles de investigación a la posición relativa de un discurso teórico con respecto a una práctica jurídica, asumiendo compromisos teóricos acerca del propósito de investigar<sup>13</sup>.

El objeto de estudio del derecho privado son sus prácticas jurídicas que están referidas en su forma de regulación. Al primer nivel de investigación de esta forma de regulación le corresponde una pretensión descriptiva y explicativa de la manera en que se desarrollan estas prácticas, identificando cómo se organiza el fenómeno por medio de la definición de reglas legales y la búsqueda de principios subyacentes.

En este punto se encuentra la forma en que los jueces resuelven los casos. Para tal empresa se preocupan por establecer la forma del razonamiento en torno a los casos, las razones que definen algunas prácticas jurídicas. De esta manera, los estudiosos del derecho incorporan este conocimiento mediante la organización de los asuntos del derecho privado que buscan resolver preguntas prácticas.

Es válido señalar que el jurista indaga sobre los aspectos prácticos del derecho privado, estableciendo por medio de la regulación del derecho positivo y los principios que la conforman la estructura conceptual. La forma en que los operadores legales revisan los acontecimientos del mundo y de qué manera deben ser resueltos por el derecho. Esta forma del conocimiento del derecho privado es la que denominamos primer nivel.

.....  
13 En este punto se llama la atención frente a la clasificación que se proporciona en este capítulo, en el sentido de que atiende a una forma de aproximación del fenómeno jurídico por medio de los métodos de estudio como el primer nivel, y la reflexión acerca de la actitud frente a estos métodos y el cuestionamiento de sus procedimientos corresponde al segundo nivel de investigación del derecho privado (Coleman, 2010, p. 30).

En el segundo nivel se realiza una revisión acerca de los conceptos y los procedimientos empleados para el conocimiento del derecho. Aquí la actitud en la investigación cambia de plano. El jurista busca encontrar el *sentido* de las prácticas del derecho privado. La preocupación se encuentra en establecer estrategias para la *comprensión o la justificación* del derecho privado.

De esta manera, se trata de *explicar* cómo las prácticas jurídicas del derecho privado están normativamente implicadas con ciertos principios, y cómo estos últimos se implementan en la práctica.

Es decir, se preocupa por comprender qué teoría soporta o fundamenta la estructura de la práctica tal como se encuentra implementada, y de qué manera esta se armoniza en la idea que tenemos del derecho privado.

El teórico busca encontrar las normas inherentes a la práctica jurídica y desde allí preguntarse “¿cómo podremos llevar adelante esta práctica de un modo fiel a sus normas inherentes?”<sup>14</sup>

Aquí al teórico no le es suficiente establecer cuáles son las normas inherentes a la práctica, sino además encontrar cuáles son las razones sustantivas por las que los participantes siguen esas reglas.

Existen diversas empresas dedicadas a encontrar la racionalidad de las prácticas del derecho privado. Un ejemplo de estas puede ser el análisis económico del derecho que tiene como estrategia abordar el fenómeno jurídico desde diversas hipótesis de trabajo que permiten reconocer la racionalidad económica de las prácticas<sup>15</sup>.

Dicho todo esto respecto a los niveles que han sido anotados, se propone a continuación la forma en que se revisan en este escrito. El primer nivel está compuesto por las siguientes formas: i) la descripción y sistematización de los conceptos de la práctica jurídica objeto de estudio; ii) la valoración de la práctica frente a un marco de referencia. En lo que respecta al segundo nivel: iii) el formalismo jurídico del derecho privado; iv) el instrumentalismo jurídico del derecho privado.

Por lo anterior, según el propósito de la investigación podrá variar la estrategia y la actitud del jurista frente a la práctica jurídica. Diremos que una práctica

.....  
14 Gauthier, en Coleman (2010, p. 30).

15 Acerca del Análisis Económico del Derecho, la presente obra dedica un capítulo completo a sus antecedentes metodológicos.

jurídica es aquella forma de regulación de una determinada área del derecho que puede ser comprendida desde sus aspectos sustantivos. En ese sentido, una de las preguntas que puede tener un teórico del derecho privado puede ser, por ejemplo, la formulada por Weinrib (2012, p. 42): ¿qué es el derecho privado? o ¿cómo distinguir el derecho privado de las demás áreas del derecho?

En ese sentido, el concepto de práctica jurídica supone una forma de regulación en la que interactúan los agentes involucrados conforme a los estándares definidos que prescriben el comportamiento. En ese sentido, una manera plausible de asumir al derecho privado es verlo como una forma de regulación del derecho positivo, tal como lo precisa Papayannis (2014, p. 19).

### *Los propósitos de investigar el derecho privado*

Las reglas que gobiernan las interacciones privadas pueden ser observadas desde diversas perspectivas. Como se dejó anotado, a estas perspectivas se les conoce como propósitos de investigación, es decir responden a la pregunta ¿qué es aquello que el jurista del derecho privado pretende realizar con su aproximación?

El *aquello* corresponde a la formación de un discurso sobre la práctica. Para precisar mejor esta idea pretendemos revisar cada una de las empresas investigativas del derecho privado, tal como se hizo mención.

### La descripción y sistematización de los conceptos operativos de la práctica jurídica del derecho privado

En lo que respecta a esta forma de estudio del derecho privado, el teórico emprende una revisión acerca de las prácticas jurídicas pero comprendiendo las mismas desde un punto de vista eminentemente conceptual. Para tal empresa, se toma una actitud de tipo descriptivo acerca de la regulación vigente.

Un ejemplo de esto es el caso de Hattenhauer (1982, p. 13) cuando se pregunta acerca del objeto derecho civil y refiere que la forma acertada de llegar a una aproximación resulta de la exposición de los conceptos superiores que dimanen de todos los enunciados contenidos en el derecho civil. Tales conceptos son: 1) la persona, 2) la cosa, 3) el negocio jurídico.

La interacción de los conceptos del derecho civil son articulaciones que carecen de sentido si no son integradas de forma que permitan apreciar su operatividad

en la práctica jurídica. Esto significa que el teórico no se limita a revisar el concepto en cuanto a la forma en que esté manifiesto en alguna disposición legal, sino que asume una visión integradora.

En el clásico libro llamado *Tú-Tú*, el profesor Ross (1957) emprendió una forma de estudio del concepto *derecho subjetivo*. En este texto se sostiene que los conceptos del derecho en sí mismo carecen de contenidos que permitan apreciar su *sustantividad*. Para ello se requiere articular las condiciones designadas por la regla y las consecuencias que atribuye la regla ante tal circunstancia.

El jurista aquí encuentra que el sentido de los conceptos coincide con la relación de los hechos designados como condiciones de atribución de una condición jurídica, y que ante la existencia de tal condición aparece un abanico de consecuencias de orden legal que se imputan al sujeto, precisamente por su condición.

La propiedad, en términos legales, no es un concepto que pueda definirse sin considerar qué hecho da lugar a ese estatus legal y qué consecuencias deriva. Ross (1957, p. 28) se refiere a esto como las formas de adquirir la propiedad y las consecuencias de ser propietario, de manera que se trata de un término de enlace, uno especial que hace operativo el ejercicio del derecho de propiedad.

En una forma similar Hattenhauer (1987, p. 77), al referirse al negocio jurídico, coincide con el argumento de que este tipo de conceptos carece de sentido en sí mismo, pues es en realidad un medio para un fin que relaciona a las personas entre sí y con las cosas.

En línea con ello, los hermanos Mazeaud (1969, p. 64) refieren que las relaciones jurídico-negociales derivadas del contrato son relaciones entre personas que dan lugar a la exigencia de actos o bienes comprometidos en el acuerdo, y su comprensión es imposible sin considerar la forma en que el mismo es creado y las consecuencias para las partes.

En suma, toda comprensión del derecho privado desde esta perspectiva es asumida como una forma sistemática que busca la organización de la práctica mediante la descripción de cómo los conceptos relacionan hechos y, a su vez, consecuencias de orden legal. Asimismo, cómo los conceptos se relacionan entre sí y crean un complejo sistema de inferencias prácticas que permite dilucidar soluciones de orden similar a los casos objeto de regulación.

Un jurista del derecho privado podría estar dispuesto aceptar que esta práctica jurídica es un entramado policromo de relaciones jurídicas de diversa naturaleza,

duración y obligatoriedad, que pueden atender a distintas razones en cuanto a su nacimiento y diferente valor al que el jurista en suma reconoce como el derecho privado (Hattenhauer, 1969).

En este punto, el teórico se formula la pregunta: ¿cuál es el sentido articulador del derecho privado, aquel que permite la interacción entre los conceptos legales? Esta cuestión se aborda en el apartado sobre el formalismo jurídico del presente capítulo.

#### La valoración de la práctica frente a un marco de referencia

En este apartado se revisa la forma en la que el teórico avanza su estudio desde el derecho privado, pero esta vez no se busca sistematizar la práctica legal sino establecer un marco de referencia bajo la postulación de principios, objetivos o funciones, y cómo la práctica jurídica permite alcanzar estos aspectos.

Es común escuchar cómo los teóricos del derecho privado, al revisar las prácticas jurídicas, asumen compromisos con respecto a algún valor o principio. Así por ejemplo, cuando se revisa el derecho de daños se sostiene que esta forma especial de regulación tiene como propósito la reparación de todas las pérdidas causadas injustamente a la víctima. Esta concepción corresponde a que el derecho de daños tiene como propósito la implementación del principio de la reparación integral.

A modo de ilustración, para Velásquez (2013, p. 376), “la reparación integral es un principio de la reparación del daño que debe ser entendido como algo que se debe buscar, de modo que el juez debe procurar alcanzarlo en la medida de lo posible”.

En línea con lo expuesto, Encarna Roca sostiene que “el principio elemental que preside la regulación de la responsabilidad extracontractual es el de que la víctima de un daño debe quedar indemne de las consecuencias que este produce. Por tanto, de la producción del perjuicio nace una obligación jurídica de indemnizar” (2000, p. 171).

Aquí el jurista busca identificar cuáles son los principios básicos del derecho privado (Gordley, p. 2006). Para tal tarea se trata de identificar, por medio de la observación, las formas legales de las prácticas del derecho civil y cómo las

mismas se encuentran inspiradas en fundamentos de tipo social o moral e incluso económico.

Para tal fin, se debe evidenciar el marco de referencia que subsiste como forma de establecer el parámetro de evaluación de las prácticas jurídicas. En ese sentido, sostendremos que la evaluación del derecho privado es la comparación jurídica entre referentes como actividad cognitiva.

La comparación o actividad comparativa parte de definir parámetros que permitan equiparar objetos con rasgos similares pero que en su composición puedan presentar diferencias. Aquí es donde radica la riqueza de esta aproximación.

En efecto, la comparación juega con la posibilidad de identificar elementos, o la ausencia de estos, frente a otro objeto. Aquí por ejemplo, los juristas que observan ordenamientos legales diferentes a su formación pueden procurar una mejor percepción frente al jurista doméstico. Ciertamente, aquello que parece una regulación obvia y razonable puede ser discutido a la luz de las otras formas de regulación.

A esta forma se le conoce como derecho comparado, que es una actividad de comparación de normas de un orden jurídico. Estas formas de comparación pueden ser de sistemas contemporáneos (comparación sincrónica) o alejados en el tiempo (comparación diacrónica) (Gianmaria, 2010, p. 20).

Ahora bien, el jurista se convierte en un comparatista que busca, por medio de la observación del marco de referencia dispuesto por los sistemas legales, revisar un modo de representar el fenómeno jurídico. Es importante aclarar que por sistema jurídico no debe entenderse un referente de normas cerrado como ocurre en el derecho internacional privado, sino, por el contrario, se abre a la revisión de datos o eventos históricos.

Esta revisión radica en la observación de hechos, es decir, los eventos que acaecen en el mundo como aspectos susceptibles de ser analizados y valorados. Dicho esto, la conocida tesis de Trento sostiene que la comparación jurídica es una exploración para el mejor conocimiento del derecho:

La función de la comparación jurídica, sin la cual esta no sería ciencia, es la adquisición del mejor conocimiento del derecho, del mismo modo que, en general, la función de todas las ciencias comparatistas es la adquisición de los datos pertenecientes al área a la que se refieren. La ulterior búsqueda y promoción del mejor modelo legal

o interpretativo son resultados de la comparación de gran importancia, pero su ausencia no lo priva del carácter de ciencia (Gianmaria, 2010, p. 21).

La actitud del jurista aquí no se circunscribe a solo eventos contemporáneos, sino también a la revisión de datos históricos o de tiempos distintos al objeto que se toma como referencia.

Así las cosas, el jurista del derecho privado reconoce que existe una alta diversidad en el derecho, y su labor comprende el capturar esas diferencias. Así, uno de los hallazgos que podrá encontrar será el establecimiento de los principios que informan la práctica jurídica bajo estudio.

Para esto, la investigación puede ser de diversos tipos. Uno de ellos son las consideraciones de carácter histórico acerca del origen de las prácticas legales en búsqueda del sentido *original*. Para ello se puede basar en la recopilación cronológica de la percepción de la figura y encontrar cómo el fenómeno ha sido recibido por los órdenes legales y las diversas teorías, y allí ver cómo paulatinamente se ha implementado en las regulaciones domésticas de cada país.

En esta investigación del derecho privado se sigue la idea de rastrear en las diversas formas como las prácticas han evolucionado frente a los tópicos o las reglas legales constantes en las tradiciones jurídicas (Gordley, 2006, p. 7).

Un ejemplo de esta forma de proceder son las investigaciones tendientes a encontrar los juristas de la Edad Media pioneros en realizar una síntesis y análisis estructural del derecho romano, frente a lo que tendrían que revisarse los trabajos de Domingo de Soto, Luis de Molina y Leonard Lessius. De los trabajos de estos autores encontraría camino en el siglo XVII la conocida escuela del derecho natural, notablemente precedida por Hugo Grocio y Samuel Pufendorf.

De esta manera, el resultado comparativo de las diversas formas posibles, bien sea entre sistemas jurídicos, tradiciones legales o momentos históricos trae aparejado que, al final, el jurista debe valorar la práctica jurídica. A esto último se le conoce como la valoración crítica que supone un escalonamiento racional del discurso que se ha creado sobre la práctica jurídica.

El resultado de este estudio lleva al jurista a asumir una posición frente al principio reconocible, por lo cual consideramos oportuno formular la siguiente pregunta: ¿de qué manera la práctica legal se ordena para la realización del principio que informa y dota de sentido la interacción de los individuos? Para dar respuesta a esta pregunta y la enunciada en el apartado “La descripción y



sistematización de los conceptos operativos de la práctica jurídica del derecho privado” del presente capítulo, en seguida se revisan las propuestas teóricas que son candidatas a presentar un método para alcanzar una respuesta.

### **El formalismo y el instrumentalismo jurídicos como formas de segundo nivel para la comprensión del derecho privado**

En el apartado anterior el jurista del derecho hace un tránsito de la experiencia práctica a la forma en que se encuentra regulada en el derecho privado. Asimismo, revisa la postulación de un marco de referencia que permita apreciar de una mejor manera los elementos que configuran esa práctica y la forma en que los mismos se articulan con sus orígenes o los contrastes con otras formas regulación comparables, a esto lo denominamos el primer nivel de la investigación.

Ahora el jurista se encuentra enfrentado a varios retos si su pretensión de comprensión no ha sido satisfecha con las aproximaciones sistemáticas y comparativas que quedaron enunciadas. Los retos a los que se hace alusión son básicamente preguntas de carácter trascendental del tipo: ¿cómo entendemos el derecho privado? ¿Cuál es el principio último que fundamenta todo el aparato conceptual del derecho privado? ¿Cómo se ordena el derecho privado para cumplir el principio o propósito para el que fue concebido? Entre otras.

Para resolver las preguntas anotadas podría precisarse que existen dos aproximaciones teóricas al derecho privado, teniendo en cuenta la amplitud de las diversas formas de regulación de este.

En primer lugar está el instrumentalismo, que hace referencia a “cualquier explicación que sostiene que la justificación de la práctica depende de su capacidad de alcanzar o implementar ciertas metas. En toda explicación instrumentalista del derecho, las ambiciones o los fines sustantivos del derecho de daños dan forma a la estructura de la institución jurídica y determinan su contenido” (Coleman, 2010, p. 208).

Por otra parte, el formalismo precedido notablemente por Weinrib da continuidad a la idea según la cual la responsabilidad civil extracontractual conserva elementos desarrollados desde la práctica, sin los cuales perdería su identidad (Weinrib, 2012, p. 2). Por ello, existe una coherencia interna que permite identificar al derecho de daños por lo que es y no por los propósitos externos que puedan

llegar a adjudicarse. Así, esta base interna es la que permite definirla como la institución jurídica que es (p. 11).

Dicho esto, las visiones antagónicas en el derecho privado corresponden a dos puntos de vista sobre el mismo objeto. La externa como un estudio del derecho privado basado en la forma en que cumple ciertos objetivos. La visión interna es aquella propuesta que busca delinear el sentido inherente de la práctica desde sus rasgos, elementos y coherencia que, vistos de forma conjunta, representan la genuina identidad de la práctica (Weinrib, 2012, p. 6).

Pretendemos entonces mostrar la forma en la que puede resultar revelador revisar las prácticas del derecho privado a la luz de estas propuestas teóricas, de lo cual se esboza el camino metodológico de cada una de ellas.

### *El formalismo de Ernest Weinrib y el internismo del derecho privado*

Lo primero que debe anotarse de esta forma de aproximación al derecho privado es que es una respuesta a los enfoques que ven en esta regulación alguna clase de instrumento para alcanzar un fin. De esta manera, la evaluación se realiza frente a los elementos que le constituyen y luego valorando la forma en que esta estructura permite alcanzar estos objetivos.

El formalismo de Weinrib es una propuesta que busca reivindicar el estudio del derecho privado, considerando que el fin de este no es otro distinto que el de ser el derecho privado.

Comprender al derecho privado desde dentro es la idea que persigue esta forma especial de estudio. El método del formalista es la búsqueda de los elementos formales de carácter, clase y unidad que permiten apreciar las prácticas jurídicas como un todo coherente y organizado.

Para llegar a este resultado, el formalista emprende un reconocimiento de los rasgos centrales de la práctica del derecho privado. De esta manera revela que existen aspectos comunes que pueden ser equiparables y relacionales. Para ello, la estrategia aquí es empírica pues busca en la experiencia del jurista aquello que se circunscribe al área de trabajo.

El derecho privado, desde la perspectiva interna, tiene una inteligibilidad intrínseca. Esta afirmación trae consigo que pensar la práctica es posible si se realiza solo en sus propios términos. Una explicación interna se ocupa del derecho

privado sobre la base de sus propios entendimientos jurídicos que le dan *forma*. Los juristas, al realizar sus observaciones, comparten esos rasgos institucionales y conceptuales de la práctica y, sobre esta base, se realizan los razonamientos acerca de la forma en que se desarrolla en el orden jurídico.

Con ello, según Perry (2001, p. 314), esta forma de aproximación al derecho busca reivindicar una teoría interna que no ignore la conceptualización realizada por sus participantes<sup>16</sup>. De esta manera, el análisis conceptual hace explícita la intuición de los participantes acerca de aquello que le resulta familiar y permite su organización.

Dicho esto, el formalismo jurídico juega el papel rector en la forma en la que debe comprenderse el derecho privado. Bajo esta idea, los siguientes son los postulados de esta forma de estudio<sup>17</sup>:

1. En primer lugar, el formalismo jurídico lleva a la comprensión interna del derecho privado al establecer las ideas de carácter, clase y unidad.
2. Frente al carácter se puede decir que son los rasgos prominentes de la práctica jurídica.
3. Frente a la idea de clase, permite al jurista distinguir al derecho privado de cualquier otra clase de fenómeno jurídico.
4. Finalmente, en lo que respecta a la unidad, corresponde a la coherencia interna del derecho privado como orden jurídico.

El formalismo de Weinrib (2012, p. 23) reivindica la distinción entre la política y el derecho. De esta manera, los juicios que se realicen acerca de las prácticas jurídicas tienden a ser objetivos al evitar considerar elementos sustantivos de las disposiciones legales. La revisión del derecho se precisa en las formas y no en su contenido.

La forma como principio de comprensión permite evidenciar del objeto de estudio su carácter, clase y unidad. Ciertamente, al permitirse el ejercicio de revisar un objeto, se puede encontrar que este siempre tiene una posibilidad de ser en *su forma*. Esto quiere decir que no existen elementos sin forma, sino que, más bien, todo elemento siempre tiene una forma.

.....  
<sup>16</sup> Podría pensarse en esta expresión en el punto de vista interno al que hizo alusión H. L. A. Hart (1994, p. 90).

<sup>17</sup> Weinrib (2012, p. 22) hace una exposición del formalismo jurídico que tendrá la promesa de reivindicar la coherencia interior del derecho. De esta manera, presenta todo un aparato de estudio que permite apreciar el derecho en su etapa más genuina.

Al afirmar que todo objeto tiene una forma, se dice que precisamente de esta condición es que pueden evidenciarse sus características o rasgos prominentes. En segundo lugar, la clase tiene que ver con establecer la comunidad de esos rasgos con otros objetos y decidir si hacen parte de la misma clase. Y, finalmente, la unidad de los elementos, donde todo el conjunto de sus aspectos conectados de forma racional permite hacer inteligible el objeto.

Esta forma de inteligibilidad formal (carácter, clase y unidad) es aplicable a las relaciones jurídicas. Así, al revisar un caso se puede encontrar que existe una forma de relación tal que, dados sus rasgos, pueda identificarse como una reclamación por daños. Esto trae consigo la posibilidad de distinguir esta forma de relación de las demás y luego asumir que dados todos los aspectos que implica una reclamación en este sentido puede ser comprendida como un todo.

La unidad de una relación jurídica reside en su coherencia, tal como lo sostiene Wenrib (2012, p. 28), pues la inteligibilidad supone la existencia de un principio integrador o unificador que permea la relación entera y hace de la unidad normativa un fenómeno jurídico coherente.

Conforme a estas ideas, las críticas de Weinrib (2012, p. 6) sobre la visión instrumentalista y que pretende reivindicarse con su propuesta de estudio del derecho privado pueden resumirse de la siguiente manera:

1. El estudio del derecho privado es una forma parasitaria desde otras disciplinas como la economía, la sociología o la teoría política, entre otras, que solo aportan conclusiones no jurídicas.
2. Derecho y política se encuentran mezclados y resulta altamente complejo revisar prácticas jurídicas de manera objetiva.
3. El conceptualismo del derecho privado debe ser tomado como un estudio autónomo de otras disciplinas.
4. El derecho privado no se distingue del derecho público, bajo la premisa de que todo derecho es público.

En suma, el formalismo jurídico es una propuesta metodológica que apunta al estudio del derecho privado desde el interior. De esta manera, se resigna a revisar objetivos o propósitos externos, adecuándose a revisar la forma en que se desarrolla el derecho privado, y pretende hacer inteligibles sus razones normativas por medio de la forma en que se encuentra organizado.

Aquí las razones normativas corresponden a la justificación de la relación jurídica. Así por ejemplo, se puede indagar por las razones por las que una persona debe compensar a otra después de haberle ocasionado un daño. Para tal empresa debe seguirse a revisar todos los aspectos de la práctica y encontrar el principio unificador, que para Weinrib (2012, p. 56), en el caso de la reparación de daños será la *justicia correctiva*.

Es así como encontramos que la propuesta del formalismo jurídico del derecho privado apuesta a una especie de internismo de la práctica jurídica. De manera que según Wallace (2006, p. 14) las razones del objeto, en este caso el derecho privado, se encuentran precisamente en aprender del mismo, como un objeto que se autocomprende.

### **El instrumentalismo jurídico y las visiones externas del derecho privado**

El instrumentalismo como forma de estudio del derecho privado ve a esta forma de regulación como un instrumento que permite alcanzar ciertos fines socialmente deseables o propósitos que serían convencionalmente aceptados. De esta manera, esta aproximación tiene ciertas ventajas.

En primer lugar, permite realizar evaluaciones o valoraciones acerca de la forma en que esa práctica jurídica coincide con el propósito para el que fue dispuesta. En segundo lugar, permite analizar los elementos de la práctica a la luz de ese objetivo, estableciendo la mejor versión del derecho como forma de solución y compromiso con alguna meta.

El instrumentalismo goza de cierta amplitud metodológica en el entendido de que permite emplear formas de estudio de otras disciplinas y llevarlas a la experiencia jurídica. Así por ejemplo, si se pretende considerar que el objetivo del derecho de los contratos o el derecho de daños es la eficiencia, se emplearía una explicación económica sobre las razones por las cuales estas formas de ordenación de la vida social son implementaciones eficientes de esquemas cooperativos en el caso de los contratos y las estrategias de reducción de costes por los accidentes.

Es importante llamar la atención aquí sobre la naturaleza de los objetivos, propósitos o principios que persiguen las prácticas del derecho privado. Puede decirse que son de diversas formas y contenido. Además, que su apreciación varía

de acuerdo con la forma en que se estudie la relación teleológica de la práctica con el fin que esta busca.

No existe una lista exhaustiva de cuáles son esos objetivos. De hecho, aquí radica una de las críticas del formalismo: ¿cuál es el propósito del derecho privado? ¿Cómo estar seguros de que ese propósito es genuino y no se debe a alguna convención política o ideológica? No obstante, la posibilidad explicativa acerca de estos o cualquier objetivo trae consigo información que permite apreciar mejor la práctica jurídica.

Nos proponemos mostrar, a manera de ilustración, la implementación instrumentalista del análisis económico del derecho de daños, como una parte específica del derecho privado.

### **Los objetivos del derecho de daños desde el análisis económico del derecho<sup>18</sup>**

El análisis económico ve al derecho como un conjunto coherente y racional de reglas que se justifica en el principio de eficiencia (Polinsky, 2011, pp. 34 y ss.). En ese sentido, se trata de una aproximación alternativa a la visión dogmática del derecho (Papayannis, 2009, p. 19) y, en especial, en lo que concierne al derecho de daños.

Han sido varios los autores que han llevado al análisis económico del derecho a ocupar un importante papel en la academia angloamericana, pero sin duda alguna, el artículo de Ronald Coase, “The problem of social cost” es el que mayor impacto ha tenido<sup>19</sup>. En este trabajo, Coase plantea que el problema de la responsabilidad extracontractual reside siempre en la reciprocidad de la asignación de las externalidades. Luego, la mera existencia de un daño no es una razón suficiente para limitar, mediante una regla de responsabilidad, la actividad de un determinado agente, pues esta intervención debe estar justificada sobre la base de

18 Hay diversos tipos de estudios en torno a los objetivos del derecho de daños. Mientras que Calabresi, por ejemplo, realiza un estudio normativo, otros autores como Landes y Posner defienden tesis descriptivas. Véase Posner y Landes (2012, p. 123). En este apartado me concentraré principalmente en las tesis de Calabresi.

19 En efecto, es uno de los textos más citados en las revistas especializadas de derecho. Véase Shapiro (1985, p. 759).

que la imposición de responsabilidad contribuya o no a lograr un uso socialmente eficiente de los recursos<sup>20</sup>.

Por otra parte, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts” (Calabresi, 1961) y “The costs of accidents. A legal and economic analysis” (Calabresi, 1984), son también dos escritos fundamentales del análisis económico del derecho de daños y quizá los más representativos. Ciertamente, estos trabajos exponen un modelo de gestión de daños mediante la elaboración de un sistema eficiente, proponiendo puntualmente los objetivos que deben seguirse y la forma adecuada para alcanzarlos.

En ese sentido, Calabresi (1984, p. 19) sostiene que los fines que debe perseguir la responsabilidad civil son la realización de la justicia, en primer lugar, y la reducción de los costes de los accidentes, en segundo. Respecto a este último, el citado autor ocupa gran parte de su exposición en la descripción de los tres subobjetivos que identifica en relación con la reducción de los costes de los accidentes<sup>21</sup> y los métodos que deben seguirse para alcanzarlos.

Sobre la justicia no es mucho lo que se debe anotar desde la teoría de Calabresi. Definitivamente, no existe un desarrollo teórico profundo sobre el papel de la justicia y el objetivo de la reducción de los costes de los accidentes y de las medidas necesarias para evitarlos. Incluso, el mismo Calabresi (1984, p. 38) señala que decidió dejar el espinoso tema de la justicia fuera de su trabajo. Sin embargo, a pesar de la dificultad de su análisis, es anunciada como uno de los objetivos de la responsabilidad civil, lo cual no puede ser obviado.

20 Papayannis (2009, p. 79) sostiene que la teoría de Coase es una ruptura con la forma en que los juristas y economistas analizan el asunto de la gestión de los daños mediante las reglas de la responsabilidad extracontractual. Ciertamente, la posición tradicional pensaba que la forma adecuada de gestionar estos problemas estaba en la internalización de las pérdidas que una actividad podía llegar a causar, aunque para Coase esto no es necesariamente así. No siempre son necesarias las reglas que imponen responsabilidad por los daños que se causen, puesto que en ciertos casos los propios agentes podrían celebrar un acuerdo a fin de alcanzar un resultado eficiente. Al final, limitar al productor mediante reglas de responsabilidad extracontractual puede llegar a ser inconveniente si resulta *socialmente ineficiente*. Para una explicación sobre la teoría de Coase, véase Papayannis (2009, pp. 79-103).

21 Los subobjetivos son: i) la reducción de los costes primarios, siendo estos la sumatoria de los daños totales, la cantidad y la gravedad, más las medidas de precaución usadas para evitar accidentes; ii) la reducción de los costes secundarios o sociales, que guardan relación con la dispersión del daño y el mérito de evitar que los menos favorecidos o quienes tengan menos recursos asuman de manera directa los costes generados por los daños; iii) la reducción de los costes terciarios, que trata de buscar la forma más eficiente y realizable en los medios de administración de la gestión de los accidentes, como es el caso de los costes de los procesos judiciales. Véase Calabresi (1984, pp. 48 y ss.); para un análisis sobre estos subobjetivos, véase Papayannis (2009, pp. 108-132).

Lo justo o injusto en lo que en términos generales propone Calabresi (1984, p. 43) depende en gran medida de la valoración que se haga en un contexto específico y no como algo genérico. Asimismo, para este autor es un rasgo particular de lo deseable socialmente incluso si ello resulta ineficiente<sup>22</sup>. De esta manera, la justicia se comporta como una especie de límite en la gestión de los accidentes, aquello que no puede ser superado incluso si la medida por tomar resulta económicamente eficiente.

Volviendo al propósito de la reducción de los accidentes en la responsabilidad civil, debe anotarse que el análisis de Calabresi (1984, pp. 55 y ss.) procura presentar las circunstancias en las que podría haber una mejor asignación de recursos, cuando los costes de transacción son demasiados altos, prohibitivos o nulos, como es el caso de los accidentes y los daños sujetos a reglas de responsabilidad extracontractual.

En ese orden, la propuesta de Calabresi coincide esencialmente con la de Coase. Ciertamente, los daños no siempre deben ser internalizados por su productor, y no todas las veces se requiere que el Estado intervenga. Aunque pueda parecer un tanto complejo, se trata básicamente de las reglas de mercado en las que los sujetos puedan acordar la solución más eficiente ante un escenario donde se presenta una pérdida.

Ahora bien, para Calabresi y Melamed (1972, p. 4) la asignación de estas reglas se basa en una decisión jurídica, y de allí la manera correcta de establecer reglas para su protección, bien sean estas de propiedad, responsabilidad e incluso de no negociabilidad, como lo explicitan los llamados derechos inalienables. Esta protección o titularidad de los derechos es una decisión que compete a la autoridad normativa. Para Calabresi y Melamed (p. 5) se trata de un conflicto de intereses en el cual el Estado debe tomar la decisión sobre los intereses que va a priorizar, teniendo en cuenta si el contexto en que operan los agentes es de bajos o altos costes de transacción.

Así las cosas, cuando se impone una regla de responsabilidad como forma de tutela de un determinado interés, es el Estado quien establece cuál debe ser

.....  
22 Calabresi (1984, p. 43) ilustra este punto así: "La forma en que reaccionamos ante los accidentes no depende exclusivamente del modo en que se afecta nuestro bolsillo. Si así fuera, dudo mucho de que aceptáramos los accidentes que se producen en los cruces de las vías férreas por el mero hecho del excesivo gasto que comportaría la eliminación de los pasos a nivel y que, en cambio, no vacilaríamos en gastar todo lo necesario para salvar la vida de un hombre determinado, atrapado en una mina de carbón".



objetivamente el valor que se va a restituir por la transacción forzosa por el accidente, a fin de evitar que sean las propias partes las que subjetivamente definan el coste, tal y como ocurriría con un contrato sobre un bien objeto de negociación.

Por esta razón, los accidentes siempre tienen un valor “objetivo” definido *ex ante*, no siendo ni más ni menos que la magnitud de la pérdida sufrida. Ello permite contar con la información necesaria sobre cuáles son las medidas eficientes que deben emplearse para evitar los daños y, en ese mismo orden, los casos en que debe declararse la responsabilidad a un agente determinado.

Con todo, el análisis económico del derecho tiene como objetivo general lo que puede denominarse como la maximización de la riqueza social. Aunque se le puedan asignar otros propósitos, la fuerza del discurso en Calabresi se alinea en este punto, pues las herramientas de la economía pueden ayudar a construir un modelo en el cual, como sociedad, se pueda evitar la asignación ineficiente de las pérdidas. Al fin y al cabo, las reglas de la responsabilidad extracontractual pueden incidir en el nivel de accidentalidad y dar una respuesta a la cuestión de cómo una sociedad debe ocuparse de este tema.

A modo de conclusión, la propuesta de Calabresi puede catalogarse como global, sistemática y útil para alcanzar los fines económicos propuestos por este autor. Por otra parte, puede aquí captarse la primera clase de objetivos que Coleman denomina económicos, pero que no son necesariamente propios de la responsabilidad extracontractual<sup>23</sup> y pueden ser ubicados dentro de algo más abstracto como lo es la gestión de riesgos (Coleman, 2010, pp. 205 y ss.). Así, los propósitos del derecho de daños relativos a la gestión eficiente de los accidentes.

### **Apuntes metodológicos del instrumentalismo y formalismo del derecho privado**

El derecho privado puede ser una forma de alcanzar algún propósito. De hecho, puede que la estructura del derecho privado no se encuentre debidamente adecuada y requiera de alguna reforma legal que permita alinear mejor su estructura.

O bien, el derecho privado es un fenómeno que no puede ser visto a la luz de objetivos externos, pues hacerlo somete a los conceptos y las instituciones que lo

.....  
23 Con todo, esta teoría es objeto de importantes reproches. Así por ejemplo, una de las críticas formuladas al análisis económico del derecho consiste en su incapacidad de explicar la bilateralidad en el derecho de daños, es decir, la relación que existe y vincula al demandante con el demandado; aunque se han presentado explicaciones sobre este punto, ninguna resulta enteramente satisfactoria. Véase Zipursky (2000, p. 457).

conforman a tensiones que desnaturalizan la práctica e incluso la llevan a convertirse en otra clase de figura.

Frente a este punto consideramos que estas dos propuestas de estudio del derecho privado no son formas rivales de llegar a su conocimiento. Efectivamente, preguntarse ¿qué es la reparación de los daños?, no es lo mismo que preguntarse ¿de qué manera puedo reducir los costes de la reparación de los daños?

Mientras la primera pregunta formulada a modo de ejemplo invita al jurista a realizar un ejercicio basado en la especulación y el análisis de los conceptos que conforman esa práctica, e incluso adelantar una actividad reconstructiva de los conceptos, para el caso de la segunda pregunta se le pide establecer las condiciones en las que una determinada práctica del derecho privado pueda llegar a ser más eficiente o socialmente deseable.

En este punto, los métodos conceptuales propios de los esquemas formales del derecho y de aquellos que privilegian el derecho privado no son propiamente rivales de los métodos funcionales. Ciertamente tienen preguntas de investigación totalmente distintas.

La confusión, como bien advierte Papayannis (2014, p. 369) en su obra *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, deviene de haber asumido como propósito cualquier clase de objetivo de la práctica. Para explicar mejor este punto, sea lo primero recordar que las investigaciones pueden ser evaluativas y normativas.

Son evaluativas aquellas que buscan determinar el grado en que las condiciones de un objeto permiten la realización de un objetivo determinado. Son normativas aquellas que buscan establecer cómo *deben* ser las prácticas ante a un determinado propósito. Frente a estas últimas, los teóricos están más inclinados a realizar un ejercicio que permita reconstruir la práctica en términos normativos como implementación de algún principio de justicia, por ejemplo.

Dicho esto, los objetivos que puedan trazarse sobre una institución jurídica no son por sí mismos propósitos de dicha institución. Permitámonos una breve analogía: un profesor podría tratar de indagar con sus estudiantes acerca del propósito del corazón; aquí podrían saltar diversas apreciaciones. Por ejemplo, sostener que el corazón tiene como propósito ser el parámetro objetivo como signo vital, o el que permita establecer cuando una persona se enamora de otra. Puede que alguien con atino realice una descripción de la forma de este órgano y la manera

en que se relaciona con el cuerpo, y señale que su propósito es el de bombear la sangre por todo el cuerpo permitiendo el desarrollo de otras actividades necesarias para la subsistencia.

Puede decirse que el corazón sí permite establecer cuándo una persona está viva, e incluso que el aumento en la frecuencia pueda tener que ver con los sentimientos que tenemos con otros seres. Nadie dudaría en aceptar que el corazón *sirve* para este fin. Lo que no se aceptaría frente a estas dos últimas apreciaciones, al no ser esto plausible, es que se trate del propósito del corazón (Papayannis, 2009, p. 376).

Lo que queremos ilustrar es que los análisis funcionales del derecho privado no buscan fundamentar razones normativas, sino que establecen objetivos socialmente deseables, y mediante alguna estrategia de análisis buscan establecer la forma en que se alcanza o no este objetivo.

De hecho, se advierte que cuando las investigaciones funcionales tratan de pasar como análisis conceptuales tienen tremendos problemas. Un ejemplo de ello es el análisis económico del derecho que no es capaz de establecer la diferencia entre el acto incorrecto, o la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo en el derecho de daños, entre otros ejemplos (Papayannis, 2014).

En este punto no tenemos la intención de realizar un decálogo de las formas funcionales en las que se podría realizar una investigación de este tipo. Consideramos conveniente referir al capítulo dedicado a los antecedentes metodológicos del análisis económico del derecho, que se encuentra en esta obra.

En este punto podría decirse que los estudios formalistas son siempre normativos. En el caso del instrumentalismo sostendremos que será normativo solo cuando la investigación pretenda definir como propósito de una práctica un determinado principio de carácter normativo. En lo demás, toda investigación instrumentalista que no comprometa su estudio con la estructuración deontológica de la práctica, será funcionalista.

Frente a la forma de aproximación normativa del derecho privado parece pertinente llamar la atención acerca de que las estrategias más comunes para este tipo de investigación son los estudios conceptuales que tienen como propósito *comprender* una práctica jurídica o descubrir las razones que *justifican* dicha práctica.

Para tal empresa resulta importante considerar que las investigaciones normativas del derecho privado, tal como lo sugiere Coleman (2010, p. 31), buscan revisar la forma en que se desarrolla una práctica jurídica conforme a las normas inherentes a la misma y siendo estas normas aceptadas reflexivamente por todos los miembros de la práctica.

Aspectos relacionados con las razones normativas de por qué los contratos son racionales y, por tanto, resultan vinculantes a las partes, o por qué deben anularse las pérdidas injustamente causadas, son algunos de los ejemplos de esta aproximación.

Precisado esto, el teórico puede tomar dos caminos para la reconstrucción normativa de la práctica.

El primer enfoque corresponde al método *top-down*: en este el teórico comienza con un conjunto de normas candidatas y que serían aceptadas reflexivamente. Señala Coleman (2010, p. 31) que la aceptación vendría de quienes asuman el punto de vista interno de la práctica. Después de ello, se toma la rama del derecho que se pretende indagar y luego realiza un ejercicio de reconstrucción de esa práctica con las normas antes anotadas.

Según Coleman (2010, p. 31), los teóricos que emplean este enfoque tienen dos retos, a saber: el primero en encontrar que los principios o las normas identificadas satisfacen una caracterización de aceptación reflexiva, y lo segundo, establecer cómo la práctica es una expresión de esas normas o principios.

El segundo enfoque es conocido como *middle level*: en este el teórico se involucra en la práctica, en ella aprende de sus rasgos y características definitivas. Luego de ello, comienza a proyectar cómo esa práctica podría ser reconstruida por medio de ciertas normas o principios que sean fieles a la forma de la práctica. De esta manera se busca establecer cuál es el principio que proporciona una mejor explicación<sup>24</sup>.

Frente al estudio normativo del derecho privado existe una clasificación que es importante considerar. En primer término encontramos a los *monistas* del derecho privado quienes sostienen que las prácticas están soportadas en un único principio. Por su parte, se encuentran los *dualistas*, quienes afirman que las

24 Puede apreciarse en la investigación Coleman (2010) que, en uso de las formas expuestas, este autor empleó el método *top-down* para el estudio de los contratos y el *middle level* para el estudio de la responsabilidad extracontractual.

prácticas se encuentran soportadas en dos principios como aspectos complementarios de la misma (Hevia, 2013, pp. 14 y ss.).

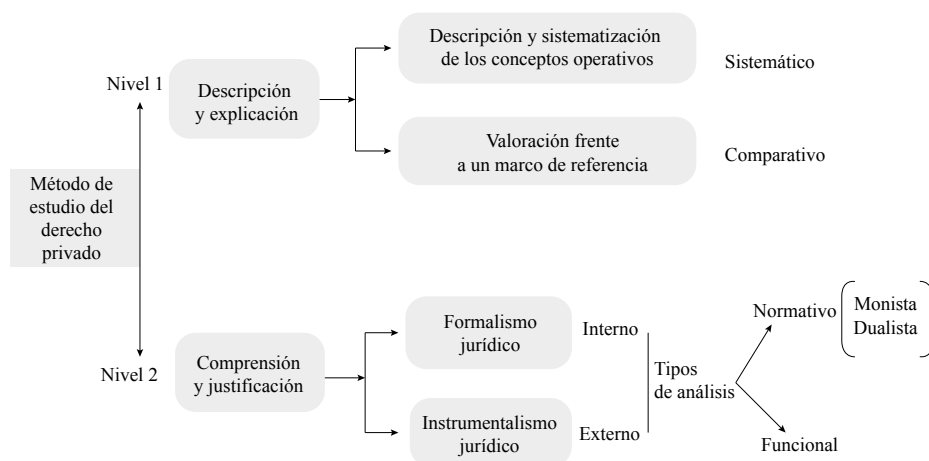
Frente a esta práctica, Weinrib (2012) sostiene que el principio inherente a la práctica es la propuesta de justicia correctiva desarrollada por este autor. Por su parte, Papayannis (2014) sostiene que para la correcta comprensión del derecho de daños, además de la justicia correctiva, se debe asumir también la formulación normativa de la justicia distributiva, en lo que este autor denomina los derechos y deberes de indemnidad.

## A modo de conclusión

En este capítulo se abordaron, en general, algunos aspectos de las metodologías para el estudio del derecho privado. Dentro de las categorías que hemos expuesto consideramos que existe una holgura suficiente para darle lugar a las diferentes versiones de la doctrina y dogmática clásica del derecho privado. Por su parte, interesaba más integrar dentro del escenario académico las investigaciones de tipo teórico-filosófico que trata el segundo nivel de investigación.

El propósito era el de presentar algunos apuntes metodológicos y las formas de análisis del derecho privado, es espera de que puedan ser capitalizadas por la comunidad académica y que, fruto de su trabajo, puedan revisarse textos que permitan repensar e indagar acerca del derecho privado como hoy lo conocemos.

## Anexo. Cuadro resumen de los métodos expuestos



## Referencias

- Calabresi, G. (1961). Some thoughts on risk distribution. *Yale Law Journal*, 70 (4), 500-553.
- Calabresi, G. (1972). *El coste de los accidentes*. Barcelona: Ariel.
- Calabresi, G. (1984). The costs of accidents. A legal and economic analysis. Yale University Press.
- Calabresi, G. (2013). Costos de transacción, asignación de recursos y reglas de responsabilidad. *Ius et veritas*, 47, 36-47.
- Calabresi, G. y Melamed, D. (1972). Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of the cathedral. *Harvard Law Review*, 85.
- Coase, R. (2000 [1960]). El problema del costo social. En A. Roemer, *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Coase, R. (2009 [1937]). La naturaleza de la empresa. En A. Roemer, *Derecho y Economía: una revisión de la literatura* (pp. 558-575). México: Fondo de Cultura Económica.
- Coderch, P. S. y Gómez, C. (2005). El derecho de daños y la minimización de costos por accidentes. *Indret Revista para el análisis del Derecho* (274), 1-23.
- Coleman, J. (2010). *Riesgos y daños*. Barcelona: Marcial Pons.
- Gianmaria, A. (2010). *Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Gordley, J. (2006). *Foundations of private law*. Oxford, UK: Oxford Univesity Press.
- Hart, H. L. A. (1994). *Concept of law* (2ª ed.). Oxford, UK: Oxford Univesity Press.
- Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel.
- Hevia, M. (2013) *Reasonableness and Responsibility: A theory of contract law*. New York: Springer.
- Holmes, O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1969). *Derecho civil: obligaciones, el contrato, la promesa unilateral*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Papayannis, D. (2009). *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*. Buenos Aires: Ad hoc.
- Perry, S. (2001). "Hart". *Methodological Positivism*. Oxford: Oxford University Press.
- Polinsky, M. (2011). *An introduction to law and economics* (3 ed.). New York: Wolters Kluwer.
- Posner, R. y Landes, W. (2012). *Una teoría económica de la responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Roca, E. (2000). *Derecho de daños, textos y materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch

•Apuntes metodológicos para la comprensión y el estudio del derecho privado•

Ross, A. (1957). *Tú-Tú*. Harvard University Press.

Wallace, R. (2006). *Cómo argumentar sobre la razón práctica* (vol. 53). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Weinrib, E. (2012). *The Idea of private law*. Oxford, UK: Oxford University Press.